

「公共性」の意味を どのように解すべきか

——特集の趣旨説明を兼ねて

巨理 格

1 行政法学における「公共性」論

本特集は、公共の利益や公共の福祉あるいは公共性を広く「公共」と捉えた上で、これをめぐる参加と訴訟に関する問題を幅広く取り上げ、各執筆者に論じて頂くとするものである。

「公共」をどのように捉え論じるかは、公法学の様々な局面で問題化し得るベーシックなテーマである。とりわけ行政法学は、公益目的の実現を使命とする国や公共団体を少なくとも一方の当事者として想定する法分野であるので、この問題に向き合うことを避けて通ることができない。

しかし、その行政法学ですら、「公共」の概念が正面から論じられることは少ない。美濃部達吉や渡辺宗太郎等による戦前の議論では、公益及びその担い手の多様性・相対性は既に認識されていたが、国や公共団体が公共的意思決定の主体であることが自明視されたため、公共的意思決定の主体や手続への関心は形成されず、公益保護は、もっぱら行政主体の優位性を正当化するための根拠として機能した¹⁾。戦後は、この伝統的な公益観とそれに基づく公法私法二元論に対する徹底した批判が繰り広げられる²⁾一方、公益や公共性の具体的内容を批判的に分析しつつ、基本権保障その

他憲法上の価値の実現のための実体法理の確立をめざす議論が、「公共性分析論」等として提唱された³⁾。また、以上のような行政法的一般理論次元での潮流と並んで、土地法や都市計画法等の分野では、工業団地や住宅団地建設のための取用事業等のごとく、民間への用地提供に帰結する土地取用事業（いわゆる「公共的私用取用」）の適法性、あるいは、利害対立を生む都市再開発事業等が、都市計画決定に基づく計画行政の一環として遂行されることによりその正当性が担保されるか、等が論じられてきた⁴⁾。

以上のように、「公共」や「公共性」等をめぐる議論は戦後行政法学において活発化し、その成果は、今日まで引き継がれているが、同時に混迷状況にあることも事実であり、その少なくとも一因は、「公共性という用語及び概念の多義性・多様性」にある⁵⁾と言われている。

したがって、戦後の行政法学においても、「公共」や「公共性」の意味及び具体的内容を明確化し、その実現のための仕組みや手続のあり方を論じるという課題は、未だ十分に果たされたとは言えない状況にある。端的な例を挙げるならば、行政手続法は、処分手続（許認可等の申請を受けた審査手続と不利益処分手続）及び行政指導を主要な規律対象として選定する一方、統一のないし標準的

- 1) 安達和志「行政法における『公益保護』理論の再検討——戦前日本の学説をめぐって」『雄川一郎先生献呈論集・行政法の諸問題(II)』（有斐閣、1990年）27-28頁、宮崎良夫「行政法における公益」公法研究54号（1992年）140頁。
- 2) 渡辺洋三『現代国家と行政権』（東京大学出版会、1972年）所収の諸論稿、なかでも「現代福祉国家の法学的検討——とくに私法と公法を中心として」117頁以下（初出論文は1964年）参照。
- 3) 室井力「国家の公共性とその法的基準」室井力・原野翹・福家俊朗・浜川清編『現代国家の公共性分析』（日本評論社、1990年）3頁以下。なお、渡辺洋三と室井力の議論をいかに捉えるべきかにつき、宮崎・前掲注1）141-143頁参照。
- 4) 特に、遠藤博也「土地所有権の社会的制約」同『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011年）205頁以下（初出論文は1971年）参照。
- 5) 晴山一穂「公共性概念の理論的考察」同『現代国家と行政法学の課題——新自由主義・国家・法』（日本評論社、2012年）196頁（初出論文は2009年）。なお、晴山氏は、多義性・多様性に満ちた「公共性」の用法の中から、主要な用法として「国家の公共性」、「事物・事務の公共性」、「公共空間としての公共性」という3類型を抽出し、各類型の緻密な分析を通して「公共性」の総合的理解へ到達しようとしており（晴山・前掲書204-213頁）、示唆に富む試論を提示されている。